



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN
SEGUNDA

Plaza San Francisco Nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 47 93 99

Fax.: 922 479 423

Email: s2contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000096/2024-00

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-
Administrativo. Sección Segunda de Santa Cruz de
Tenerife

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000096/2024

No principal: Pieza de medidas
cautelares - 01

NIG: 3803833320240000141

Materia: Otros actos de la Admon

Resolución: Auto 000112/2024

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

ASOCIACIÓN DE VECINOS URBAN

CENTRO "EL PERENQUÉN"

Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife

Procurador:

Luisa María Navarro González De Rivera

AUTO

Presidente

Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Moreno – Luque Casariego

Magistrados

Ilmo. Sr. D. Jaime Guilarte Martín – Calero

Ilmo. Sr. D. Evaristo González González (Ponente)

En la Muy Leal, Noble, Invicta y Muy Benéfica Ciudad, Puerto y Plaza de
Santa Cruz de Santiago de Tenerife, a día 24 de abril de 2024

HECHOS

Primero.- El día 18 de marzo de 2024, la Asociación de Vecinos Urban Centro El Perenquén, representada por la procuradora de los tribunales doña Luisa María de los Dolores Navarro González de Rivera y defendida por el abogado don Felipe Ricardo Campos Miranda solicita como medida cautelar la suspensión de los artículos 6.1, 10.1, 20, 24 y 25 de la Ordenanza de Movilidad y Seguridad Vial en el Municipio de Santa Cruz de Tenerife, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de 17 de enero de 2024.



Segundo.- Formada la pertinente pieza separada, el día 4 de abril de 2024 se traslado a la parte contraria, para que pueda formular las alegaciones que estime oportunas.

Tercero.- El día 22 de abril de 2024 se presenta oposición por parte de la administración demandada, Excmo. Ayuntamiento de esta capital.

Cuarto.- La presente resolución se dicta dentro del plazo legal y previa deliberación del tribunal, que ha decidido por unanimidad.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- De acuerdo con el artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso administrativa, (LJCA) previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Segundo.- Pero no puede olvidarse que no puede concederse una medida cautelar allí donde no concurre el presupuesto no sólo del “periculum in mora”, sino también del “fumus boni iuris” y así lo viene declarando la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En este sentido, la sentencia de la referida Sala de fecha 3 de julio de 2007, afirma:

“La apariencia de buen derecho o “fumus boni iuris” no es un criterio desdeñable a la hora de tomar decisión sobre la adopción de medidas cautelares; ni lo fue en la jurisprudencia anterior a la Ley 29/1998, ni lo es en la que complementa lo dispuesto en ésta. Ese criterio, aun siendo objeto de seria controversia y de aplicaciones no siempre coincidentes, no parece que pueda ser desatendido; bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la adopción como la no adopción de la medida cautelar pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible. Y no parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, no lo excluye cuando regula las medidas cautelares en la citada Ley 29/1998 y lo prevé expresamente en el artículo 728.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita al Tribunal para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Tampoco parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, está enmarcado y forma parte del más general constituido por el Derecho Comunitario Europeo, cuyo Tribunal de Justicia afirma, y afirma con toda reiteración y



contundencia, la lícita utilización de aquel criterio. Es cierto, sin embargo, que se trata de un criterio que debe emplearse en el contexto de los que expresamente prevé la repetida Ley 29/1998, para percibir sin desacierto la finalidad legítima del recurso, para la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, o para ponderar de forma circunstanciada los intereses generales o de tercero y la perturbación grave que para ellos pueda seguirse de la adopción de la medida cautelar. Es un criterio que no gobierna en sí mismo ni con carácter principal la decisión cautelar, pues dejando de lado procesos especiales, sobre todo en otros órdenes jurisdiccionales, la finalidad propia y directa de esta institución no es en el proceso contencioso-administrativo la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, o lo que es igual, el efecto útil de la sentencia que en éste deba recaer. Y es un criterio que en todo caso debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto.”

Y el Auto de la misma Sala de 16 de abril de 2009 recuerda que:

“ A estos efectos no está de más añadir que aunque la introducción jurisprudencial de la doctrina del “fumus boni iuris” desbordando el marco que fijaba la LJCA de 1956 supuso un gran avance en la materia cautelar, sin embargo la jurisprudencia mas reciente, tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998 hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina” (ATS 15 de marzo de 2004 , entre otros).”

Más reciente aún, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015 recuerda nuevamente que:

“Pues bien, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda. En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de perjuicio (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot* en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio



artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito».

Tercero.- En el caso que aquí nos ocupa, sí apreciamos la presencia de “*fumus boni iuris*” o razonable apariencia de prosperabilidad de la pretensión rectora de la litis.

Esta apariencia la hallamos en la falta de justificación suficiente por parte del Ayuntamiento de que en la tramitación de la norma reglamentaria se han emitido todos los informes preceptivos.

En efecto, invocados algunos de ellos así como la insuficiencia del contenido de la memoria de análisis de impacto normativo de manera suficientemente clara y detallada por la parte actora, el escrito de oposición del Ayuntamiento no aporta prueba directa de la existencia y suficiencia de los mismos.

A esto se añade la necesidad de que estemos a nuestros propios precedentes, pues no es la primera vez que enjuiciamos una Ordenanza de Movilidad de este mismo Ayuntamiento. Así, en nuestro procedimiento ordinario 166/2019 dictamos sentencia con fecha 23 de diciembre de 2020 en la que anulamos la ordenanza municipal de circulación y movilidad de Santa Cruz de Tenerife (Boletín Oficial de la Provincia número 75, de viernes 21 de junio de 2019) por falta del preceptivo dictamen de la comisión informativa, exigido en artículo 126 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

Es esencial recordar que según pacífica jurisprudencia cualquier defecto en el procedimiento de elaboración de una disposición general constituye un supuesto de nulidad absoluta y por tanto insubsanable a posteriori. Todo dictamen preceptivo debe constar en el expediente de elaboración de la Ordenanza, ser previo a la misma y si no, nulidad absoluta. Tal es la draconiana consecuencia jurídica querida por el legislador en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por tanto, no habiendo respondido satisfactoriamente la administración a los defectos procedimentales que la contraparte le imputa e incluso afirmando en relación con determinados artículos de la Ordenanza que “lo que regula no parece que requiera especial mención en la Memoria de Impacto Normativo” (página 5 in fine del escrito de alegaciones de la corporación), apreciamos, bien que en el grado indiciario propio de una pieza separada de medidas cautelares, una razonable similitud con un caso ya enjuiciado por esta Sala en relación con norma de misma naturaleza jurídica y misma administración en el que el resultado fue adverso para la demandada.

Cuarto.- Apreciado el *fumus boni iuris*, cabe entrar al examen del riesgo de que la mora procesal determine la falta de utilidad del proceso, es decir, el *periculum in mora*, en feliz expresión latina suficientemente conocida en el foro. Éste, también concurre en el presente caso.



En efecto, en caso de admitir la plena eficacia, que no sólo vigencia, de los preceptos controvertidos, si se produjera, en hipótesis, la estimación del recurso contencioso administrativo, se habría producido la aplicación de una norma inexistente, pues es bien sabido que cuanto es nulo de pleno derecho no produce efectos jurídicos, no los produce en ningún caso, sino una mera situación fáctica no amparada por el ordenamiento jurídico y las restricciones que dicha norma hubiese producido a la libertad deambulatoria de las personas no serían remediables, habrían quedado consumadas de manera definitiva.

Quinto.- La ordenanza de movilidad viene a ahondar en un determinado modelo de ciudad. La elección de tal modelo es una cuestión de oportunidad, es una decisión que compete de manera podemos decir que soberana a los legítimos representantes del pueblo y en ello ni entra ni puede entrar esta Sala. Ahora bien, como es propio de un Estado de Derecho, una vez el poder público toma su decisión debe proceder a su formalización con arreglo a las leyes, a su juridificación. Es decir, en el caso que nos ocupa, de carácter local, debe procederse a plasmar la decisión política en una norma jurídica de alcance general conforme a la cual se regule el comportamiento de los ciudadanos: una ordenanza. Y a los tribunales nos corresponde el control de legalidad de tal ordenanza en una triple dimensión: que se produzca por órgano competente, que se tramite y apruebe conforme al procedimiento regulado en la ley aplicable y que ninguno de sus artículos vaya en contra ni de una ley ni de la Constitución, porque Constitución y ley son normas jurídicas de superior rango a la ordenanza municipal.

Bien, sentado lo anterior, tenemos ahora que plantearnos dos escenarios posibles.

Primero, la no suspensión cautelar de la Ordenanza. En tal caso, no concurre ningún óbice para que el Ayuntamiento comience a aplicar las medidas controvertidas a pesar de que existe una causa abierta ante esta Sala. Ahora bien, si la sentencia definitiva, fuere, en esta hipótesis, estimaria del recurso y por tanto anulase los preceptos recurridos de la Ordenanza se abriría entonces la posibilidad de los ciudadanos que hubiesen sido damnificados de reclamar responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento por disposición anulada, exponiéndole a una cantidad potencialmente elevada de pleitos, con riesgo para las arcas públicas (artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Segundo, la suspensión cautelar de la Ordenanza. Si nos planteamos cuál es el daño de esta demora para el interés general, creemos que realmente no lo hay. La Ordenanza no se dirige a la resolución inmediata de un problema grave con carácter de necesidad absoluta, inaplazable; no se causa un daño tangible, ni real ni potencial, porque se aguarde al pronunciamiento judicial.

Por lo dicho, a nuestro juicio se preserva mejor el interés general suspendiendo cautelarmente los preceptos impugnados, a la vista de la razonable apariencia de buen derecho en lo tocante a posibles vicios invalidantes en su procedimiento de elaboración que permitiendo la vigencia de una norma en que tales indicios concurren, a riesgo de que si entre los dos posibles resultados del pleito se consumara, hipotéticamente hablando, el de sentencia estimatoria pudiera tenerse que deshacer cuanto se hubiere hecho y además afrontarse un elevado número de reclamaciones.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Sin que, por lo demás, pueda tener acogida la tesis de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de que se trata de previsiones no directamente aplicables, puesto que así es lo propio de toda disposición general y no por ello el legislador ha impedido ni su impugnación ni la posibilidad de solicitar medidas cautelares en procesos en que se impugnan no actos administrativos sino normas reglamentarias.

Sexto.- De acuerdo con el artículo 139 LJCA, que expresamente refiere su ámbito objetivo de aplicación no sólo a sentencias, sino también a los autos que resuelvan cualesquiera recursos o incidentes, se imponen las costas causadas por la tramitación de la presente pieza separada a la administración.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda:

1º) Estimar la solicitud de medida cautelar y suspender cautelarmente los artículos 6.1, 10.1, 20, 24 y 25 de la Ordenanza de Movilidad y Seguridad Vial en el municipio de Santa Cruz de Tenerife, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife de 17 de enero de 2024.

2º) Con condena en costas de la administración, por la tramitación de la presente pieza separada.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente al en que conste notificado el presente Auto.

Así por este Auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados mencionados en el encabezamiento del mismo. Doy fe.-



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
EVARISTO GONZÁLEZ GONZÁLEZ - Ponente	24/04/2024 - 16:48:06
JAIME GUILARTE MARTÍN-CALERO - Deliberador	25/04/2024 - 09:22:40
JUAN IGNACIO MORENO-LUQUE CASARIEGO - Deliberador	25/04/2024 - 15:00:34
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos A05003250-388d38abcd4361bd81b961183891714053948304	
El presente documento ha sido descargado el 25/04/2024 14:05:48	